

TRABAJO FIN DE GRADO

GUARDA DE HECHO Y DESAMPARO DE MENORES: REFLEXIONES AL HILO DE UNA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Autora:

Vanesa Navarro Bardají

Director:

Carlos Martínez De Aguirre Y Aldaz

Facultad de Derecho

2015

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Yo, Vanesa Navarro Bardají, alumna de 5º curso del Doble Grado de Derecho y ADE, con DNI 73023365-K, declaro solemnemente que asumo la autoría y originalidad del presente Trabajo Fin de Grado y que todas las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales utilizadas para su realización, se encuentran debidamente identificadas y referenciadas tanto en las notas a pie de página como en el anexo que se adjunta al final.

Firma:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'V. Navarro', with a large circular flourish above the name.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
LISTA DE ABREVIATURAS	5
I. INTRODUCCIÓN	6
II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DESAMPARO Y LA GUARDA DE HECHO DE MENORES.	
1.LA SITUACIÓN DE DESAMPARO	9
1.1 Elementos definitorios del desamparo	12
1.2 Breve referencia a los efectos de la declaración de desamparo	16
<i>A) El papel del Ministerio Fiscal</i>	<i>18</i>
1.3 Las situaciones de riesgo frente al desamparo	19
<i>A) Los menores en situación de conflicto social</i>	<i>21</i>
<i>B) Pautas generales de la intervención de los tribunales, ante situaciones de desprotección de menores.....</i>	<i>23</i>
1.4 La Competencia Autonómica en materia de protección de menores: la regulación del desamparo	25
2. LA GUARDA DE HECHO	
2.1 Contenido de la figura de la guarda de hecho	27
2.2 El papel del guardador de hecho en la protección de menores	29
III. ¿ CABE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DE UN MENOR SOMETIDO A LA PROTECCIÓN DE UN GUARDADOR DE HECHO?	
1. DOCTRINA DEL TS SOBRE LOS CRITERIOS PARA APRECIAR LA SITUACIÓN DE DESAMPARO, EN UN MENOR ASISTIDO POR UN GUARDADOR DE HECHO	
1.1 En particular, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 2014	
<i>A)Hechos acontecidos</i>	<i>32</i>
<i>B) Problemática del caso</i>	<i>34</i>
<i>C) Fallo del Tribunal Supremo.....</i>	<i>36</i>

<i>D) Una cuestión específica: el voto particular del Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra.....</i>	36
2. DIVERGENCIAS CON LA NUEVA DOCTRINA FIJADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.	
2.1 La posición de los tribunales	37
2.2 Postura de la doctrina científica sobre la concurrencia de la figura de la guarda de hecho y la declaración de desamparo.....	42
IV. CONCLUSIONES	44
V. BIBLIOGRAFÍA	46
JURISPRUDENCIA CITADA	
NORMATIVA CONSULTADA	

LISTA DE ABREVIATURAS

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOA	Boletín Oficial de Aragón
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFA	Código de Derecho Foral Aragonés
CE	Constitución Española
CDN	Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño
F.J	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LRPM	Ley de Responsabilidad Penal del Menor
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto general, analizar la definición de desamparo y el papel que corresponde a la guarda de hecho en la protección jurídica de los menores, con el fin de abordar la problemática que se suscita si, un menor de edad que recibe asistencia de un guardador de hecho, puede ser declarado en desamparo. El enfoque que se va a adoptar, para examinar la relación entre guarda de hecho y desamparo, va a partir del análisis de las opiniones dadas por la doctrina, que se ha ocupado del estudio de esta problemática y de la posición y parámetros de interpretación que han asumido los tribunales, ante los que se plantean este tipo de situaciones. A partir de ahí, se podrá obtener una visión general de cómo se actúa, cuando se suscitan litigios en los que intervienen menores, que son asistidos por personas que no tienen el deber de hacerlo por ley: los guardadores de hecho. Este trabajo se va a completar, con un análisis detallado de una reciente sentencia del Tribunal Supremo, que ha sentado doctrina, con la intención aparente de querer resolver la problemática planteada.

Todas las cuestiones que se van a tratar a lo largo del presente trabajo, tienen como objetivo preponderante, la protección jurídica del menor y sus derechos e intereses.

La protección del menor en el ordenamiento jurídico español, y en la generalidad de los países desarrollados ha evolucionado desde finales del s.XX, hacia el pleno reconocimiento de sus derechos. La razón por la que es fundamental esta protección jurídica, radica en que los menores carecen de lo que habitualmente se denomina como, «capacidad natural de autogobierno»¹.

La necesidad de dotar a los menores de un adecuado marco jurídico de protección, en el contexto normativo español, se refleja en la Constitución de 1978. En particular, el artículo 39 del citado texto legal, establece que «*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*» así como «*la protección integral de los hijos*», debiendo los padres «*prestar asistencia de todo orden a los hijos*». Según lo anterior, la responsabilidad para otorgar protección y asistencia a los menores, es compartida entre la familia y los poderes públicos, lo que da lugar a un sistema de protección mixto.

¹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, 45 (4), 1992, p. 1399. Señala que: «la razón de la protección [...] es la falta de aptitud natural para atender por sí mismos, al cuidado de su persona y sus bienes, lo que habitualmente se denomina como “capacidad natural de autogobierno”».

El artículo 39.4, también menciona que «*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos* ». Este precepto, hace referencia a la protección que se otorga a los menores, y que emana de los acuerdos internacionales ratificados por España, lo que sustancialmente remite hoy en día, a la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y a la resolución del Parlamento Europeo que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño².

Para dar cumplimiento al mandato constitucional, se sucedieron una serie de reformas legislativas e institucionales que tenían como fin, articular un nuevo modelo de protección del menor. El primer paso fue dado por la ley 21/1987 de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil³, que sustituyó el concepto de abandono, por el de desamparo. Esta ley provoca la «administrativización» de toda la materia de protección de menores, en tanto que traslada el control judicial, en las primeras fases de protección, a un control administrativo⁴.

Los vacíos normativos y los problemas interpretativos provocados por dicha ley, y que afectaban de forma significativa a la regulación de la figura del desamparo, son completados y aclarados, con la nueva redacción contenida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁵. Además de introducir mejoras en el sistema puesto en marcha por la ley de 1987, la LOPJM incorpora al ordenamiento español las reglas de la CDN, ratificada por España años antes.

El derecho de los menores a la protección pública tiene alcance general y se reconoce a todos los menores que se encuentran en el territorio español, con independencia de su origen o condición (art. 1 LOPJM).

² Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989 , ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de Diciembre de 1990) y resolución del Parlamento Europeo A3-0772/92 que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

³ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987).

⁴ CORTES GENERALES, «Diario de Sesiones del Senado», Sesión Plenaria núm. 46 celebrada el miércoles, 7 de octubre de 1987. En los debates parlamentarios sobre la ley 21/1987 de 11 de noviembre, se pone de manifiesto por los grupos parlamentarios, la innecesaridad de la intervención judicial, en las primeras fases de protección de menores, a fin de agilizar los procedimientos, y de que no se agravara la situación de los menores desprotegidos. Véase a modo de ejemplo, la intervención Del Burgo Tajadura: «La postura de nuestro Grupo es de apoyo a la ley [...] es una reforma necesaria, porque es urgente y porque nos parece enormemente positiva la atribución automática de la tutela a las entidades públicas encargadas de la protección de menores». Disponible en: <http://www.senado.es/legis3/publicaciones/pdf/senado/ds/PS0046.PDF>

⁵ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

La LOPJM constituye, junto a los preceptos contenidos en el Código Civil relativos a las instituciones de protección de menores, el principal marco de regulación de la protección de los menores de edad, en el ordenamiento jurídico español, aunque sin olvidar las leyes que las Comunidades Autónomas han promulgado, en consonancia con la legislación estatal.

La regulación de la protección de menores, ha sido objeto de una reciente propuesta de reforma, tras la aprobación del Proyecto de Ley de Protección de la Infancia de 27 de febrero de 2015, por el Consejo de Ministros⁶. De acuerdo a lo dispuesto en la Exposición de Motivos, la reforma se proyecta para atender a los importantes cambios sociales que se han producido desde que se aprobó la LOPJM en 1996.

El presente trabajo se iniciará en el epígrafe II, con una exposición de los aspectos generales sobre el concepto de desamparo y la guarda de hecho de menores. Respecto a la situación de desamparo, se va a partir de la definición legal de este concepto, para poder determinar sus elementos definitorios y posteriormente, hacer una breve referencia a los efectos que tiene la declaración de dicha situación. Con base en esta definición legal, se podrán establecer las diferencias entre la situación de desamparo, y otras situaciones de desprotección como: las situaciones de riesgo y las situaciones de conflicto social. Esta distinción permitirá analizar las pautas generales de la intervención de los tribunales, ante las diferentes situaciones de desprotección que pueden afectar a un menor.

Si bien este trabajo, tiene como objeto dar una visión del desamparo desde el punto de vista del derecho común, también se va a hacer una breve referencia a modo ejemplificativo, a cómo se regulan estas situaciones en algunas normas autonómicas.

En relación a la guarda de hecho, sólo se va a tener en cuenta su papel en la protección de menores, dejando a un lado el eventual contenido patrimonial de dicha figura.

En el epígrafe III, se analiza la doctrina del TS, sobre los criterios para apreciar la situación de desamparo, en un menor asistido por un guardador de hecho, a partir de una

⁶ Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-131-1.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-131-1.CODI.%29#(Página1)) (última visita 6 de abril de 2015) y Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-130-1.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-130-1.CODI.%29#(Página1)) (última visita 6 de abril de 2015), publicados en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 27 de febrero de 2015.

reciente sentencia, dictada por dicho tribunal. Los hechos, la problemática del caso y el fallo del tribunal, van a ser el punto de partida, para que a continuación se analice la posición de la doctrina y de la jurisprudencia, cuando se plantean este tipo de litigios.

El epígrafe IV, pone fin al trabajo con el desarrollo de las conclusiones.

Para finalizar con esta introducción, quiero señalar cuál ha sido la razón de la elección de este tema. Los menores, y en particular los de corta edad, son sujetos especialmente vulnerables, en el sentido de que, el cuidado de su persona y bienes dependen de padres, tutor, etc... Aquellos que ostentan la patria potestad (en Aragón, la autoridad familiar), o la tutela sobre los menores, están encargados de prestarles las atenciones necesarias para que tengan cubiertas todas sus necesidades afectivas y materiales. Sin embargo, la realidad demuestra que en muchas situaciones, desgraciadamente esto no sucede así, y quiénes tienen la obligación por ley de cuidar a los menores, no pueden, no quieren, o no saben cómo ejercitar sus funciones correctamente, generando en el menor una situación de desprotección, frente a la cual tienen que actuar tanto la Administración, como los mecanismos e instrumentos que prevén las leyes. En particular, considero que decidir si un menor está en situación de desamparo, salvo en los casos de extrema gravedad como el abandono o el maltrato, es muy difícil, sobre todo cuando la imposibilidad de prestar la necesaria asistencia a un menor se deba a las deficiencias físicas o psíquicas de los progenitores, o más aún y teniendo en cuenta la realidad social actual, cuando se deba a carencias económicas. En alguno de los casos, en que los padres no están cumpliendo sus funciones, aparecen otras personas que ejercen la guarda de hecho del menor, y se ocupan de prestarle la necesaria asistencia.

El interés del presente trabajo, es cuestionarse si en estos supuestos, en los que un menor tiene cubiertas sus necesidades por la asistencia de una persona que no ostenta título legal para ello, realmente estamos o no ante una situación de desamparo.

II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DESAMPARO Y LA GUARDA DE HECHO DE MENORES.

1. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

La intervención de los poderes públicos en materia de protección de menores, es gradual. Esto significa que es determinante apreciar cuál es la situación de hecho de cada menor desprotegido, como punto de partida, para graduar las actuaciones que se

deberán desarrollar en cada caso concreto. En la regulación estatal y autonómica se tipifican distintas formas de desprotección que pueden afectar a un menor, como son el desamparo, el riesgo, y con carácter residual, la dificultad social⁷.

De las distintas circunstancias señaladas, la situación de desamparo es la que se encuentra en la base de la intervención administrativa de mayor intensidad para la protección de menores, como consecuencia de su entidad, gravedad y de las consecuencias drásticas que tiene para el menor la declaración de dicha situación: tales consecuencias son la extracción del menor de su núcleo familiar, la suspensión de la patria potestad o tutela, y la asunción de la tutela por parte de las entidades públicas. Por consiguiente, es importante determinar el significado y los límites de la situación de desamparo, para conocer qué actuación administrativa se puede llevar a cabo.

El concepto de desamparo que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, se introdujo por primera vez en la ley 27/1987 de 11 de noviembre, distanciándolo del concepto de abandono que se conocía hasta ese momento. La situación de desamparo queda definida legalmente en el artículo 172.1 CC en los siguientes términos « *la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*».

El camino que se emprende con la regulación contenida en el precepto indicado anteriormente, estuvo seguido por diversas Comunidades Autónomas, que fueron dictando normas legales en materia de protección de menores. Ya antes, Cataluña, había sido la primera Comunidad Autónoma que aprobó una regulación, moderna y ajustada a los principios constitucionales, de la protección de los menores desamparados y de los que manifiestan conductas de riesgo social con la Ley 11/1985, de 13 de junio, de

⁷ El concepto de desamparo, que posteriormente se analizará, se recoge en el artículo 172 CC. Además la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) regula en el Título II, Capítulo I, las actuaciones en caso de desprotección social del menor, diferenciando por primera vez entre las situaciones de desamparo y las situaciones de riesgo. A las situaciones de desamparo aluden los artículos 12 y 18 de la ley, remitiéndose éste último al ya mencionado artículo 172CC. A las situaciones de riesgo se alude también en el artículo 12, y en el artículo 17. La LO no prevé la regulación de las situaciones de dificultad social, aunque la mayoría de las Comunidades Autónomas han regulado estas situaciones en sus respectivas normativas. Véase el caso de la Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, que en su art. 83 define a los menores que se encuentran en dicha situación como: « *aquéllos que por su situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otras personas*». (BOE núm. 1 de 2 de enero de 2006).

Protección de Menores⁸. Tras la reforma del Código Civil, la ley 37/1991, de 30 de diciembre, que promulgó dicha Comunidad, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, fue la primera normativa en regular las instituciones de protección pública de menores al amparo de su competencia legislativa civil⁹.

Con la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se producen nuevos cambios en la regulación de algunos aspectos concretos de esta materia: entre estos cambios se puede destacar una regulación más detallada de la situación de desamparo, sobre todo en lo que respecta a la tutela de los menores por los órganos administrativos competentes

La LOPJM no modificó el sistema, pero si provocó la transformación de algunas de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas, así como logró que legislaran en materia de protección de menores muchas de las que hasta ese momento no lo habían hecho¹⁰.

La normativa citada con anterioridad, ha sido objeto de una reciente propuesta de reforma, tras la aprobación del Proyecto de Ley de Protección de la Infancia de 27 de febrero de 2015, por el Consejo de Ministros. Esta reforma va a incidir en torno al concepto de desamparo recogido en el artículo 18 LOPJM, con la inclusión de dos novedades; tal y como se establece en la Exposición de Motivos: por un lado se completa la definición de desamparo contenida en el artículo 172 CC, con la finalidad de unificar en una norma estatal todos los criterios para determinar la declaración de desamparo; y por otro lado se reconoce la competencia de los entes públicos para la protección de menores españoles que se hallen en situaciones de desprotección en otros países, así como los traslados de menores en situación de desprotección, entre las distintas Comunidades Autónomas.

⁸ Cfr. Preámbulo de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en Cataluña (BOE nº 156, 28 de junio de 2010).

⁹ Cfr. «Informes, estudios y documentos. Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social», *Defensor del Pueblo*, (en línea).p.43 Disponible en Internet:https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/centros_menores_problemas_conducta.pdf (última vista 7 de abril de 2015).

¹⁰ Cfr. Ley de la Junta de Andalucía 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor (BOE núm. 150 de 24 de Junio de 1998), recoge en su artículo 23 los supuestos de desamparo y de tutela. La Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 1/1997, 7 de febrero, de Atención Integral a los menores (BOE núm. 63 de 14 de Marzo de 1997) tipifica claramente las situaciones de desamparo en su artículo 46.

Además de lo ya citado, la modificación supondrá la subdivisión del artículo 172, con el fin de separar la situación de desamparo, de la guarda a solicitud de los padres o tutores (artículo 172 bis) y las medidas de la intervención mediante el acogimiento residencial y familiar (artículo 172 ter).

1.1 Elementos definitorios del desamparo.

El desamparo es un concepto claramente objetivo¹¹, ya que lo fundamental es que la situación se produzca «de hecho» y dé lugar a un resultado concreto: la falta de asistencia moral y material de los menores; tal y como señalan autores como Martínez de Aguirre y Ballesteros de los Ríos¹², y como puso de relieve la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 22 de junio de 1996, cuando señaló que «la situación que se produce cuando una entidad asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores».

Para que pueda acordarse el desamparo es necesario que se cumplan dos requisitos imprescindibles, y que han sido apreciados de forma unánime por la jurisprudencia y son:

1) El incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de los deberes de protección por parte de las personas llamadas a garantizarlo de forma legal; entendiéndose como deberes de protección los relativos a la esfera personal y patrimonial del menor, que integran el contenido de la patria potestad y de la tutela (art 154 a 158 y 259 a 285 CC)¹³. El concepto de «personas llamadas a garantizarlo de forma legal», no incluye sólo a los padres que ostentan la patria potestad de los menores, sino a todos a aquellos que en el plano subjetivo ostentan facultades legales de guarda, como: tutores, guardadores legales, etc.... Ello también se deduce de los términos del artículo 12

¹¹ Cfr. MORENO-TORRES SÁNCHEZ. J., « El desamparo de menores», *Thomson Aranzadi*, Aranzadi SA, Cizur Menor, Navarra, 2005, pp. 86. «El derecho italiano que tiene gran influencia en la legislación española, recoge en el artículo 8, párrafo 2º, de la ley italiana de 4 de mayo de 1983, el concepto subjetivo de abandono, cuando mantiene que subsiste aun cuando los menores estén acogidos».

¹² Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad...», *cit.*, p. 1477. De la definición de desamparo se puede destacar «que se trata de una situación de hecho...». En el mismo sentido: BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, pp.27-28.

¹³ Cfr. FÁBREGA RUIZ, C., «Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de concurrencia de ambas» en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras *et al.*, (coord.) Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, Murcia, 2004, pp. 1539-1540.

LOPJM, cuando establece que «*las entidades públicas deben velar porque los padres, tutores, guardadores [...] desarrollen sus funciones adecuadamente*». Por consiguiente, lo más importante para declarar la situación de desamparo, en este planteamiento, es la situación en la que se encuentra el menor en el momento concreto, siendo irrelevante quién le preste los elementos necesarios para su desarrollo, como así se recoge en el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 enero de 2002 (F.J 2º).

Interpretando el precepto, hay que dejar claro que la efectiva falta de los elementos básicos para el desarrollo del menor, no engloba solamente los supuestos de abandono absoluto, sino también los casos en los que quienes ostentan la guarda legal del menor, incumplan sus deberes sobre el mismo, ejercitan dichos deberes de forma inadecuada, o cuando sea imposible su cumplimiento. Este último supuesto es el de más difícil caracterización, y engloba circunstancias tales como la ausencia de medios económicos necesarios, o enfermedades físicas o psíquicas de los progenitores, tal y como acontece en el caso resuelto por la STS de 23 de Mayo de 2005¹⁴, en la que se declara la situación de desamparo de una menor, ante la imposibilidad de sus padres de prestarle la asistencia necesaria, debido a los problemas psíquicos que presentaba la madre y las ausencias del padre ante sus obligaciones laborales (F.J 1º). Por tanto, siguiendo la interpretación reiterada de la jurisprudencia, es indiferente la voluntariedad o involuntariedad de la acción (u omisión), para que pueda declararse la situación de desamparo¹⁵.

En relación al inadecuado ejercicio de los deberes, la doctrina entiende que se produce cuando concurre el requisito de la voluntariedad, como manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 junio de 1991« la situación de desamparo puede tener un carácter forzoso cuando se produce por circunstancias graves que impiden la asistencia del menor, o culposo cuando los padres desatienden sus deberes o los ejercen incorrectamente».

El incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de los deberes que se han expuesto, no son motivo suficiente para declarar a un menor en desamparo, puesto que

¹⁴ STS de 23 de Mayo de 2005 (RJ 3272, 2005). En dicha sentencia se declara la situación de desamparo ante el imposible cumplimiento de las obligaciones parentales, al padecer la madre de la menor, una enfermedad mental que la incapacita para hacerse cargo de su hija, e inadecuado cumplimiento de las obligaciones parentales por parte del padre, al delegar el cuidado de la menor en la Administración, mostrando desinterés e incapacidad en la resolución de la problemática familiar(F.J 1º).

¹⁵ En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Secc.4º) de 22 de diciembre 2009 (JUR 2010, 137924) establece que« la ley prevé expresamente que existirá desamparo aunque el cumplimiento de los deberes por parte de padres o tutores sea imposible » (F.J 2º).

el artículo 172.1 CC, establece además un requisito de resultado para que se pueda decretar dicha situación.

2) Que los menores queden privados de la necesaria asistencia moral y material como consecuencia del incumplimiento de los deberes, indicados en el apartado precedente¹⁶. La jurisprudencia es unánime, al considerar como requisito fundamental del desamparo el nexo causal entre el incumplimiento y el resultado de privación de la asistencia que padecen los menores. Tal referencia viene influenciada por el derecho italiano, y en concreto por el artículo 8 de la Ley 4 de Mayo de 1983 del derecho del menor a tener una familia. A este respecto, Ballesteros de los Ríos, considera que para que se produzca este requisito de resultado, el incumplimiento de los deberes por parte de quienes están obligados a ello, tiene que ser grave¹⁷. A diferencia de lo que ocurría con la regulación de la situación de abandono, no se exige que la situación que da lugar a la declaración de desamparo se prolongue durante un tiempo mínimo determinado.

Sin embargo, habrá que analizar las circunstancias de cada caso concreto, puesto que existen una pluralidad de supuestos que requerirán la declaración de desamparo, aunque se hayan producido de forma aislada, como los abusos o el maltrato¹⁸. En otros casos serán los hechos externos apreciados por el Juez, los que determinen cuando se puede declarar la situación concreta de desamparo¹⁹; así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de Octubre de 2004, revoca la declaración de desamparo de dos menores, al considerar que sus faltas de asistencia a clase, y sus problemas de

¹⁶ El término «privación» se refiere a una ausencia total de protección al menor, no incluyéndose en estos conceptos los supuestos de simple suspensión temporal de la protección, como se refiere en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Secc.1º) de 19 de Octubre de 2004 (F.J 4º). El término «necesaria» se refiere a lo que la doctrina denominó «mínimo necesario social» o el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común, como se refiere en la Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 1ª) de 15 octubre de 2013(F.J 3º). En cuanto a la asistencia, la jurisprudencia ha entendido que se refiere tanto a la moral (afectividad, educación...), como la material (alimentación, vestido, higiene...), como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Secc. 1ª) 22 diciembre de 2004 (F.J 11º).

¹⁷ Cfr. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas...*, cit., pp. 37-38.

¹⁸ Cfr. PÉREZ MARTÍN, A.J., «Derecho de familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Barcelona», *Lex Nova*, Valladolid, 2009, pp. 1225-1226, establece en base a la jurisprudencia de la AP de Barcelona que «La situación de desamparo no se limita a los casos de abusos o malos tratos físicos o psíquicos, sino también en los casos en los que faltan elementos necesarios para que los menores puedan desarrollar correcta y adecuadamente su personalidad.» (en línea) Disponible en Internet : <https://www.google.es/search?hl=es&tbo=p&tbm=bks&q=isbn:8484062511> (última visita 21 de marzo 2015).

¹⁹ En opinión de Cfr. FÁBREGA RUIZ, C., «Desamparo de menores y guarda de hecho ... », cit., p. 1541, la expresión , «de hecho» utilizada por el art. 172.1 CC lleva necesariamente a atender datos puramente externos, sin juzgar valores internos ni la voluntad de los que incumplieron o están imposibilitados para ejercer sus deberes, ni las causas que motivaron su conducta.

higiene «no responden a una conducta de abandono sostenida en el tiempo ni de enorme gravedad, sino que están en un período de vida en que las atenciones parentales no han sido lo que debían ser, pero que no pueden ser calificadas de desamparo»(F.J 4º). Esta sentencia trae a colación, los criterios establecidos en la resolución del TEDH de 17 de diciembre de 2002, que al amparo del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, señala que sólo por motivos suficientemente graves y relevantes para un menor, se considerará legítima la intromisión de la autoridad en el derecho a la vida privada y familiar en una sociedad democrática²⁰.

Con base en ello, la jurisprudencia considera que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, e interpretar de forma restrictiva la relación entre el interés del menor y la protección de su núcleo familiar, como promueve el artículo 39.1 CE. Así, la STS de 31 de Julio de 2009, establece que sólo se estimará la existencia de desamparo «cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común»²¹. Por ello, la situación de desamparo, sea o no voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente.

En cuanto al resultado, también se puede observar, que el desamparo se produce si están cubiertas las necesidades materiales del menor (alimento, vestido...), pero no lo están las de índole moral (afectividad, educación...) y viceversa²².

En atención a todas estas consideraciones, se puede extraer una idea fundamental que servirá de base para las reflexiones posteriores, y es que si atendemos al concepto de desamparo, ha de primarse la producción de un resultado frente a cualquier otra consideración, lo que afirma el carácter objetivo del desamparo, como ya se ha apuntado al comienzo.

²⁰ Sentencia T.E.D.H. de 17 de diciembre de 2002. Case of Venema v. The Netherlands. Disponible en Internet: <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/69344/sentencia-tedh-de-17-de-diciembre-de-2002-case-of-venema-v-the-netherlands> (última visita: 4 de marzo de 2015).

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 2009 (RJ 2009,4581) «destaca la importancia que tienen otros derechos como los de los padres biológicos, como así lo señalaron las STC 143/1990 y 298/1993, en relación al principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 de diciembre 1986 en su art. 9 , que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, lo que por otro lado reconoce también el art. 172.4 de nuestro Código Civil en esa situación».

²² Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P.V., «Comentario al artículo 172 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, p. 45.

Por tanto, la declaración de un menor en situación de desamparo, no se basará en la atención subjetiva de quienes incumplan sus obligaciones legales, sino en la situación de hecho u objetiva del menor. Luego, si un menor no está privado de la necesaria asistencia moral y material, con independencia de que sea un tercero quién cubra sus necesidades, no podrá declararse el desamparo desde el punto de vista legal, como bien señalan Martínez De Aguirre o Pérez Martín²³.

1.2 Breve referencia a los efectos de la declaración de desamparo.

En líneas generales, la declaración de desamparo conlleva la asunción de la tutela por las administraciones públicas, y como consecuencia la extracción del menor del núcleo familiar, en que dicha situación se originó, así como la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria a que estuviese sometido. Es decir, la tutela que prevé el artículo 172 CC, actúa como cobertura para la protección de los menores que se encuentran en una situación en la que; ni la patria potestad, ni la tutela ordinaria, ni la guarda de hecho, son suficientes.

Una vez que la Administración asume la tutela del menor declarado en desamparo, tiene que tomar las medidas necesarias en orden a su protección, bajo el claro interés del menor y de su integración familiar, bien en su propia familia o en su defecto y cuando no fuese posible, a través de la adopción (art. 172 CC y 11.2.c LOPJM).

El TS en la Sentencia de 31 de Julio de 2009²⁴, ha sentado doctrina a este respecto señalando que la reintegración de un menor en su núcleo familiar es preferente, pero no basta con que los padres biológicos tengan una evolución positiva o desempeñen adecuadamente sus deberes, sino que será ineludible la eliminación de la situación de desamparo y que la reintegración en la familia compense el interés de mantener al menor en la situación de acogimiento dadas las circunstancias de cada caso concreto.

Esto significa que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de seguir el interés del menor, hace que se conciba de forma preferente y preponderante. Las

²³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad...», *cit.*, p. 1477. De la misma manera sostiene que «parece clara la primacía de la perspectiva funcional, en la que se apoya la efectiva falta de asistencia material y moral al menor, sobre la institucional, que haría mayor en el incumplimiento de los deberes de protección del guardador legal». En la misma línea Pérez Martín considera que «a la Administración le debe ser indiferente si la asistencia la prestan o no los progenitores u otras personas [...] Si un menor está debidamente atendido no procede el desamparo», *Apud.* FÁBREGA RUIZ, C., «Desamparo de menores y guarda de hecho ...», *cit.*, pp. 1542-1543.

²⁴ STS de 31 julio de 2009 (RJ 2009,4581).

medidas que se han de tomar en materia de protección de menores, deben tener en cuenta siempre, el valor superior del interés del niño, como se recoge en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño. Este criterio ha sido adoptado por nuestro legislador en todas las normas relativas a la protección de menores, así el artículo 3.1 LOPJM, establece como principio general, que en la aplicación de la citada ley *«primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»*.

En esta línea la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia de 20 julio de 2000²⁵, consideró que no era positiva la reintegración familiar, para un menor sometido a acogimiento, tras haber sido declarado en desamparo como consecuencia de su ingreso en un hospital por desnutrición. El tribunal considera que a pesar de que la madre biológica del menor había conseguido encauzar su vida, a través de la ayuda de su nueva pareja y del acceso a una vivienda adecuada, la medida a favor de la reintegración sería perjudicial para el menor, puesto que afectaría a su estabilidad, e incluso supondría una regresión para la mejora lograda por la madre (F.J 2º).

En sentido contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de mayo de 2008²⁶, falla revocando la declaración de desamparo de un menor, para restituir su guarda y custodia al progenitor. En el presente caso, el menor es declarado en desamparo, por la importante discapacidad que padecía su madre y que le impedía asumir la responsabilidad de la crianza del bebe, y por la situación del padre, que reflejaba un patrón de vida inestable, con relaciones conflictivas y con escasos recursos. Con el transcurso del tiempo, se demuestra a través de distintos informes psico-sociales que el padre ha abandonado sus malos hábitos y que cuenta con las aptitudes necesarias para el cuidado de su hijo. Por ende, el tribunal revoca la declaración de desamparo, y permite que se reanude la convivencia del menor con su progenitor. Sin perjuicio de lo anterior, se acuerda que los servicios sociales realicen un seguimiento de la situación, tendente a evitar, que se vuelva a producir una desprotección del menor, en cuyo caso, debería procederse de nuevo de acuerdo al artículo 172 CC (F. J 2º y 3º).

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 18ª) de 20 de julio de 2000 (AC 2000,1727).

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 1ª) de 6 de mayo de 2008 (AC 2008, 1117). Esta sentencia se confirma mediante la STS de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2362).

En defecto de las medidas precedentes, la guarda de los menores a solicitud de los padres o tutores o por ministerio de ley, se encauzará preferentemente a través del acogimiento familiar en perjuicio del residencial (art 21.1 LOPJM)²⁷.

A) El papel del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal tiene atribuida la función de defensa de los derechos e intereses de los menores de edad, mediante actuaciones procesales y extraprocesales. Sin embargo, su doctrina en esta materia ha sido escasa, máxime si se compara con todas las instrucciones y circulares que han dado tratamiento a la responsabilidad penal de los menores.

Uno de los instrumentos más significativos que ha desarrollado el Ministerio Fiscal, para abordar la temática de la protección de menores, es la Circular 8 /2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. Toda la doctrina de este órgano se supedita al principio básico de la especial vulnerabilidad en la que se encuentran los menores, y la necesidad de ampararlos bajo una especial protección administrativa y judicial. Así, se reconoce la competencia de este órgano, para proporcionar asistencia inmediata a los menores.

Ahora bien, cuando los menores se encuentran en una situación de necesidad, es más importante la agilidad en desarrollar una medida protectora adecuada, que la demanda de atención inmediata a cualquier sector implicado. Ello, es consecuencia de la desjudicialización del sistema de protección de menores iniciada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y aplicada en la LOPJM, que supuso la supresión de la intervención previa del Juez y del Fiscal, en pos de una actuación inmediata y adecuada de las autoridades implicadas, que actúan bajo su propia «*auctoritas*».

Indudablemente, el Ministerio Fiscal tiene que tener conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración, en relación a los menores, a efectos de cumplir con las funciones de supervisión que se le encomiendan por ley, y en su caso, de impugnación de las actuaciones llevadas a cabo con dichos menores.

²⁷ Art. 21.1 LOPJM: «Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor».

1.3 Las situaciones de riesgo frente al desamparo.

La actuación de las administraciones para proteger a los menores en situaciones de desprotección, se gradúa en función de la gravedad de cada caso concreto. Por ello, es importante establecer algunos rasgos que permitan la distinción de la situación de riesgo frente a la situación de desamparo, puesto que no se intervendrá de la misma forma en un contexto o en otro, aunque el punto de partida siempre será el interés del menor y su derecho al mantenimiento y reintegración en el medio familiar de origen (art. 172.4 CC, y 11.2 LOPJM). La distinción entre riesgo y desamparo fue introducida por la LOPJM, y se enmarca, dentro de la actuación de los poderes públicos en beneficio del menor, así como en el ámbito de sus facultades para proteger el núcleo familiar (art 12 LOPJM y 39 CE).

La situación de riesgo se define como la que se produce como consecuencia, de la concurrencia de una serie de factores que afectan al desarrollo personal y social del menor, sin llegar a alcanzar la entidad o intensidad que pueda fundamentar la declaración de desamparo, la separación del menor de su familia, la privación de la patria potestad, y la consecuente asunción de la tutela «*ex lege*» por la Administración (art 17 LOPJM)²⁸.

Este precepto refleja que la situación de riesgo no supone un perjuicio de tal gravedad para el menor, que justifique su separación de su núcleo familiar, por lo que tal y como señala Díez García «únicamente será posible proceder a declarar el desamparo y a asumir por tanto, la correspondiente tutela automática, cuando no sea factible adoptar otras medidas de protección que no impliquen la separación del menor de su entorno familiar»²⁹.

²⁸ El artículo 17 LOPJM establece que «*en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia*».

²⁹ Apud., BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo o acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego» *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, p.22 (en línea) Disponible en Internet: <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/Pilar%20Benavente.pdf> (última visita 9 de abril de 2015).

En este sentido se pronuncia el Auto de la AP de Salamanca de 11 de septiembre de 2000³⁰, que estima el acogimiento residencial de una menor, con un adecuado régimen de visitas de los padres biológicos, una vez rehabilitados de las enfermedades psíquicas que padecían, para de esta forma ayudarles a ir afrontando sus responsabilidades, y lograr así una normalización de las relaciones paterno-filiales (F. J 8º y 9º).

De la misma forma, la SAP de Burgos de 22 de julio de 2002³¹, revoca la declaración de desamparo de un menor con déficit en las funciones comunicativas, al considerar que las circunstancias que llevan a los servicios sociales a asumir la tutela automática del menor no son constitutivas de desamparo, sino de riesgo (abandono por parte de la madre del programa de estimulación al que se sometía a su hijo, insuficiencia de medios económicos, aun cuando el menor contaba con la adecuada alimentación, higiene y vestido, así como conflictos permanentes entre los progenitores). La AP de Burgos considera que en este supuesto, la actuación de la entidad pública debe ir dirigida a proporcionar al menor y a su familia el apoyo necesario, de acuerdo al artículo 39 CE. Así pues, el tribunal revoca la declaración de desamparo, para someter al menor de nuevo a la guarda y custodia de su madre. Por otra parte se impone a la madre, el deber de ingresar a su hijo, en un centro en el que se le dé un tratamiento específico para su enfermedad, y siempre bajo el seguimiento de los servicios sociales.

La definición de riesgo, expuesta al principio, va a ser completada conforme a la propuesta del Proyecto de Ley de Protección de la Infancia, que pretende unificar los criterios de la normativa autonómica y de la jurisprudencia, así como añadir nuevos aspectos necesarios para su declaración entre los que destacan: la competencia para apreciar la situación de riesgo y el procedimiento para declararla³². Con esta nueva regulación se pretende solventar la poca homogeneidad, con la que la normativa autonómica ha dado tratamiento a la situación de riesgo³³. Además en la Exposición de Motivos, se destacan tres particularidades de esta nueva redacción: que las medidas en caso de riesgo social se consensuen con los padres, la flexibilidad de los servicios sociales para desarrollar estas medidas dentro de cada Comunidad Autónoma y que en

³⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 11 de Septiembre de 2000(AC 2000,1535).

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Secc. 3ª) de 22 de julio de 2002 (JUR 2002,233517).

³² Cfr. nueva redacción del artículo 17 LOPJM, por el Proyecto de 27 de febrero de 2015(art. 1 Ocho).

³³ Cfr. a modo de ejemplo la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (BOA núm. 86 de 20 de Julio de 2001 y BOE núm. 189 de 8 de Agosto de 2001), que alude a las situaciones de riesgo en el artículo 56, o la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León (BOE núm. 197 de 17 de Agosto de 2002) primera en contemplar la guarda voluntaria como medida posible a adoptar en situación de riesgo social (Art. 52.2).

los casos de especial gravedad en que el menor requiera asistencia sanitaria, y ésta no sea consentida por los padres, se establecerán medidas concretas para solventar la situación a través de la modificación de la Ley de Autonomía del Paciente.

A) Los menores en situación de dificultad social

Otra de las formas de desprotección a las que puede estar sometido un menor, es la llamada situación de dificultad social.

Las Comunidades Autónomas han regulado en sus respectivas normativas este tipo de situaciones de desprotección, utilizando expresiones diversas, como: menores en conflicto social, con conductas de alto riesgo o con problemas de conducta. Teniendo en cuenta esta diversidad de denominaciones, se ha considerado preferible calificar estas situaciones de desprotección como de «dificultad social», para de esta forma distanciarse de las conductas tipificadas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Ahora bien, dicha calificación no ha tenido hasta el momento cabida en la regulación estatal, ya que ni la regulación vigente ni el Proyecto de Ley de Protección de la Infancia, se ha referido a dicha situación.

Sainz- Cantero, ha señalado que la situación de conflicto social se produce en menores que «sin haber llegado a cometer un ilícito penal, tienen comportamientos agresivos o violentos que comportan un claro riesgo de causar daños a ellos mismos o a terceros y con una difícil adaptación en el entorno social, familiar y educativo»³⁴. Como medidas de protección y prevención ante este tipo de situaciones, la mayoría de las Comunidades Autónomas prevén el ingreso de los menores en centros específicos, aunque como última opción, sólo en el caso de que no se pueda contar con un adecuado acogimiento familiar, tal y como acontece en la regulación de la Comunidad Foral de Navarra³⁵.

³⁴ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el anteproyecto de ley de protección de la infancia», *Revista de Derecho Civil*, vol. I (4) octubre-diciembre, 2014, p. 107. A través de diversas sentencias, muestra el ámbito de aplicación de las normas autonómicas para la regulación de la dificultad social. Ahora bien, esto deja patente que su ámbito de aplicación subjetivo es distinto, puesto que algunas normas autonómicas sólo se refieren a los adolescentes o menores que hubieran cumplido doce años (Asturias, Cataluña, Madrid), mientras que otras CCAA, regulan la situación de dificultad social de los menores en general (Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Galicia, Navarra, La Rioja y Valencia).

³⁵ La Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia prevé en su art. 83 en relación con el art. 84, que a los menores que se encuentren en situación de conflicto social, les será de aplicación como medida de protección, el ingreso en un centro especializado, aunque como último recurso a emplear, y siempre mediando el consentimiento del menor y de su familia.

En cualquier caso, hay que rechazar la concepción de que las medidas de protección a los menores en situación de conflicto se asimilen al tratamiento que se da a los menores que han cometido un ilícito, como ha hecho erróneamente la Comunidad Autónoma de Aragón³⁶. De la misma forma, la Ley gallega 3/1997 de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia (actualmente derogada)³⁷, preveía el ingreso de los menores, que la norma calificaba en conflicto social, en centros de reeducación, en igualdad de condiciones que los menores que ingresaban en dichos centros, tras aplicarles una medida de reforma, como consecuencia de la ejecución de una resolución judicial.

Tal y como señala la doctrina³⁸, la aplicación de medidas de reforma o el ingreso en un centro de internamiento sólo es posible en virtud de sentencia recaída en el procedimiento penal de acuerdo a la LRPM, ya que en caso contrario se estaría actuando gravemente contra derecho. Por consiguiente, las Administraciones deben adoptar un sistema de medidas de actuación preventivas y protectoras, que permitan garantizar a estos menores, el pleno desarrollo de su personalidad y evitar que puedan adentrarse en el camino de la delincuencia juvenil.

Por tanto y a la vista de lo anterior, cabe rechazar la regulación de las normas autonómicas que consideran el ingreso del menor como opción, siendo la Administración competente la encargada de elaborar un plan de acción que actúe en interés del menor, y que considere su desarrollo en el entorno familiar siempre que sea procedente.

En este sentido la SAP de Soria de 21 de marzo de 2003³⁹, se pronuncia en el caso de un menor que presenta una conducta asocial, fluctuante, con falta de empatía y

³⁶ El art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón define a los menores en conflicto social como *«aquellos niños y adolescentes que pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como aquéllos a los que les fuera aplicable la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores»*.

³⁷ La Ley 3/1997, de 9 de junio, de Protección Jurídica, Económica y Social de la Familia (BOE núm. 165 de 11 de Julio de 1997), ha sido derogada por la Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia en Galicia (BOE núm. 182 de 30 de Julio de 2011). La ley vigente, no contiene disposiciones específicas en materia de protección de menores en situación de conflicto social, sino que se limita a establecer en el artículo 48, que se entiende por sistema de protección de menores *«el conjunto de servicios, actuaciones y medidas de intervención de los poderes públicos destinadas a paliar las situaciones de desprotección y conflicto social en que pueden encontrarse las personas menores de edad»*.

³⁸ «Informes, estudios y documentos. Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social...», *cit.*, p. 100-104.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Secc. Única) de 21 de Marzo de 2003 (JUR 2003,123823).

autocontrol, y con ideas obsesivas no coherentes con su edad. La conducta del menor no es apreciada por sus padres, que llegan incluso a culpar a terceros de la situación, y por lo mismo, se niegan a colaborar con los Servicios de protección de la Infancia, lo que incide negativamente en la mejora de su hijo y supone un riesgo para su desarrollo. Ante esta situación, se decreta una medida de seguimiento a los padres, para que la Administración pueda conocer en cada momento la situación concreta del menor, así como para participar de forma activa en el tratamiento adecuado a sus necesidades (F.J 3º).

B)Pautas generales de la intervención de los tribunales, ante situaciones de desprotección de menores.

La jurisprudencia actúa, en materias en las que intervienen derechos e intereses de menores, al amparo de dos principios derivados de las normas internacionales⁴⁰: el del interés preferente del menor y el del derecho de la familia natural o padres biológicos a la educación de sus hijos.

En virtud de estos principios, las Administraciones, la Justicia y el resto de poderes públicos, deben intervenir para suplir las carencias de los padres o tutores en orden a la protección de los menores.

No obstante, la intervención en estas situaciones, que han sido consideradas jurídicamente de orden público, deben estar limitadas legalmente, pues en otro caso se incurriría en el riesgo de desarrollar un intervencionismo estatal improcedente, dadas las características de la sociedad democrática.

Por consiguiente, la intervención del Estado para proteger a los menores, a través de sus diferentes organismos, debe vincularse a una situación de desprotección del menor causada por una vulneración de sus derechos o necesidades, y no por las meras circunstancias culturales, educativas, o económicas que presenten los progenitores.

De lo contrario, se actuaría en detrimento del principio de igualdad, al tener que amparar a numerosos menores, cuyos progenitores se alejan de un perfil concebido como “el ideal”⁴¹.

⁴⁰ Cfr. artículo 6 de la Declaración de los derechos del Niño de la AGNU, de 20 de noviembre de 1959, Convención de los derechos del niño de la AGNU de 20 de noviembre de 1989 y la Carta Europea del Parlamento Europeo sobre derechos del niño.

⁴¹ Así lo admite la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Secc. 1ª) de 25 de abril de 2002 (JUR 2002, 156457).

Con base en ello, las líneas generales que marca la legislación para interpretar la realidad social de los menores son las siguientes: coordinación de los intereses del menor con su posible reintegración en el núcleo familiar, interpretación restrictiva del concepto de desamparo, que permita distinguirlo del concepto de riesgo, y en éste último caso, adopción de un plan de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales, con el fin de lograr la reinserción del menor en ella. Estas pautas generales se han asumido mayoritariamente por la jurisprudencia, como se refleja en la SAP Alicante de 21 de abril de 2009⁴², aunque hay excepciones, dados los supuestos fácticos «tan variopintos» que se presentan ante los tribunales.

Así la SAP de Granada de 28 de enero de 2003⁴³, revoca la decisión de instancia, por la que se declara en desamparo a una menor, al considerar que los hechos que motivaron la decisión, estaban fundamentados en juicios, y valoraciones que no se sustentaban en datos objetivos comprobables. La resolución también rechaza que la buena integración de la menor en el centro, tras haber sido declarada en desamparo, no es razón para justificar su permanencia allí, más aún, cuando no existían datos acreditados para tomar las medidas acordadas. Además señala, que la falta de medios económicos o la inestabilidad en el empleo de los progenitores carecen de trascendencia para el supuesto, y que en su caso, se podrán prestar todas las ayudas necesarias que la familia pueda precisar (F. J 4º).

En este sentido la AP de Barcelona, en Sentencia de 19 de noviembre de 2003, estima la restitución de la guarda y custodia de un menor a su madre, tras no quedar demostrado, por falta de pruebas, que ésta no tuviese las aptitudes adecuadas para hacerse cargo de su hijo. En el presente caso, debe constatar que la Administración en un periodo de dos meses dicta dos resoluciones distintas, con base en idénticos indicadores de riesgo. En la primera se otorga la guarda provisional del menor a la propia madre, tras declarar su desamparo y en la segunda se acuerda el ingreso del menor en un centro de acogida, para realizarle un estudio y evaluar cuál es la medida más idónea para su futuro. Este ingreso se dilata en el tiempo, como consecuencia de una actitud poco colaboradora de la madre con la Administración.

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Secc. 6ª) de 21 de abril de 2009 (JUR 2009, 304441).

⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Secc. 3ª) de 28 de enero de 2003 (JUR2003,109786).

Con base en estos hechos y en una serie de indicios externos⁴⁴, el tribunal tiene que dilucidar, si realmente ha existido una situación de desamparo. Como corolario de las pruebas practicadas y de las investigaciones llevadas a cabo, el tribunal razona que no se dan los parámetros normativos que justifican la declaración de desamparo del menor, ni su ingreso en un centro. Asimismo, el tribunal puntualiza que en ningún caso, «se puede privar a un niño de sus lazos maternos de manera prolongada o definitiva», por el mero hecho de que el progenitor no colabore con la entidad competente o no adopte las pautas que los profesionales consideran más adecuadas a cada caso.

La AP de Barcelona establece que, en el presente caso, el «exceso de celo» o «de superprotección» de la administración competente, ha dado lugar a una situación anómala, ya que para la realización de un estudio sobre el menor, no es imprescindible que se declare su desamparo, pudiendo reconducirse con preferencia la situación hacia el núcleo familiar, máxime cuando los distintos profesionales que intervienen en el proceso, indican que el menor es emocional e intelectualmente equilibrado. El tribunal falla estimando la restitución de la guarda y custodia a la madre.

1.4 La Competencia Autonómica en materia de protección de menores: la regulación del desamparo.

La Constitución de 1978 dio lugar a un nuevo modelo de organización descentralizado, dónde era preciso determinar las competencias del Estado y de las CCAA en protección de menores. El artículo 149. 1.20 CE, atribuye a las CCAA competencias exclusivas en materia de asistencia social; entendiéndose la asistencia social «como el conjunto de medidas públicas de protección de aquellas personas que tienen situaciones de necesidad específicas, no cubiertas por la seguridad social»⁴⁵. Mas, sin perjuicio de lo hasta ahora señalado, esta competencia autonómica no puede suponer una invasión a las competencias exclusivas del Estado en Derecho civil, salvo que se trate de una

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 18ª) de 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 5332). El tribunal examina los cinco indicadores de riesgo especificados por los servicios sociales. 1. Llamada de un vecino, sin identificar, alertando de posibles maltratos hacia el menor, cuyos síntomas no han podido ser probados en ninguna de las visitas a los centros médicos. 2. Prolongación de la lactancia materna, para calmar situaciones de ansiedad del menor. 3. Excesiva dependencia del menor con respecto a su madre, y relación disfuncional de ambos. 4. Comportamiento anómalo de la madre, reivindicativo, y con escasa empatía con los profesionales que consideran que tiene un problema. 5. Falta de colaboración con los profesionales de la administración que llevan su caso.

⁴⁵ DE PABLO CONTRERAS, P.V., «Instituciones de guarda y protección de menores (guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», en *Tratado de derecho de la familia: Las relaciones paterno-filiales(II). La protección penal de la familia*, Yzquierdo Tolsada *et al.*, (dir.), 2011, p.414. Este planteamiento se recoge en las STC 76/1986 de 9 de Junio y STC146/1986 de 25 de noviembre.

Comunidad de derecho foral propio con competencias de conservación, modificación y desarrollo (art 148.1.8º). El resto de las CCAA, sin competencia en materia de legislación civil, deben atenerse a lo dispuesto en el Código civil. No obstante al tratarse de actividades de carácter administrativo, las CCAA han dictado leyes de protección de menores, al amparo del Código Civil, y de la competencia reconocida en sus Estatutos en virtud del artículo 148.1.20. Por otro lado, se contempla que la CE, no ha atribuido competencia específica al Estado sobre la materia de protección de menores, por lo que las CCAA, la han asumido en buena parte de sus Estatutos de Autonomía, al amparo de la cláusula residual del artículo 149.3 CE, tal y como precisa De Pablo Contreras⁴⁶.

Esta concepción es fruto de un creciente intervencionismo administrativo, que ha llevado a considerar que la protección de menores se articula en torno al derecho público, y de ello deriva la competencia que cada una de la CCAA ha asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

En cuanto a la regulación de la situación de desamparo, las normas autonómicas aluden bien directa o indirectamente al artículo 172 CC, detallando los supuestos en los que se considera que se origina esta situación.

Así pues, los preceptos de la LOPJM tienen carácter supletorio, con respecto a los que dicten por parte de las CCAA, con competencia en materia de asistencia social, tal como se dispone en la disposición final 21ª de la propia Ley.

A modo de ejemplo, puesto que el objetivo del presente trabajo es una visión del desamparo desde el derecho común, se puede citar que en el caso concreto de Aragón, la ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia, supuso una regulación propia en esta materia, en concreto el artículo 59 se refiere a la situación de desamparo, reproduciendo la definición del artículo 172 CC, para posteriormente enumerar una serie de circunstancias que dan lugar a la existencia de tal situación como: abandono, malos tratos, explotación,..., entre otras⁴⁷. Esta definición es reproducida también en el artículo 28 del Decreto 190/2008 de 7 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo y en el artículo 118 CDFA, extendiendo también la definición por primera vez a los incapacitados. En base a esta normativa, la Administración aragonesa competente, al apreciar el desamparo del menor, asumirá su tutela, o la guarda, en caso de que se trate

⁴⁶ *Id.* pp. 416-418.

⁴⁷ Cfr. artículo 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia.

de una situación de fuerza mayor de carácter transitorio, cuando así lo soliciten los titulares de la autoridad familiar, institución tutelar o así lo acuerde el juez, como bien explica Mayor Del Hoyo⁴⁸.

En otras CCAA, como Cataluña, se ha intentado unificar en una nueva ley, la dispersa normativa que existía en materia de protección de menores. La ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia de Cataluña, ha introducido una novedad, previendo un procedimiento simplificado de declaración de desamparo. En concreto el artículo 107 de dicha ley, permite que el organismo competente pueda dictar sin más trámites, la resolución de desamparo, si los que ostentan la patria potestad o la guarda, manifiestan conformidad con la declaración, una vez sea escuchado al menor.

Los diversos criterios recogidos en las normas autonómicas sobre protección de menores, han sido hasta cierto punto unificados por el Proyecto de Ley, a través de la reforma proyectada en el artículo 18 LOPJM, que también incorpora la competencia de los entes públicos para la protección de menores españoles que se hallen en situaciones de desprotección en otros países, así como los traslados de dichos menores entre las distintas Comunidades Autónomas⁴⁹, tal y como se ha apuntado al comienzo de este trabajo.

Además de la homogeneización de criterios, se ha encomendado al Estado y a las CCAA, la creación de un sistema de información compartido sobre protección de menores (art 22. ter).

2. LA GUARDA DE HECHO

2.1 Contenido de la figura de la guarda de hecho

El Código civil español no contiene una definición legal de lo que es guarda de hecho, sin embargo, con carácter general se determina que es una situación fáctica en la que una o varias personas, sin potestad legal ni obligación alguna, asumen la protección respecto de un menor o incapaz⁵⁰. Se regula en los artículos 303, 304 y 306 del CC, tras

⁴⁸ MAYOR DEL HOYO, M^a.V., «Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y *de lege ferenda*», (en línea) Disponible en Internet: <http://www.dialnet.es> (última visita 15 de febrero de 2015).

⁴⁹ Cfr. artículo 18, en la Propuesta de reforma del proyecto de Ley.

⁵⁰ En este sentido se encuentran P.V, DE PABLO CONTRERAS, P.V., «Instituciones de guarda y protección de menores...», *cit.*, p 421, así como ÁLVAREZ DE TOLEDO, L., «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *Revista del Poder Judicial*, n^o.60,2000, p.259.

la reforma de la Ley de 24 de octubre de 1983, como una figura especial, independiente y distinta a otras instituciones de protección de menores, con un contenido propio y autónomo, tal y como señala la jurisprudencia en la SAP de Cádiz de 22 de diciembre de 2004⁵¹ (F.J 6º), entre otras.

La guarda de hecho es una situación caracterizada por su provisionalidad y su transitoriedad, debido a que el propio guardador tiene la obligación de promover la tutela (art.229 CC)⁵². Por otro lado, la referencia que hace el artículo 303 CC⁵³ a los artículos 203 y 228 CC deja claro que los trámites de constitución de la tutela comenzarán en el momento mismo que se tenga conocimiento de la situación de guarda de hecho.

La guarda de hecho, no es propiamente una institución tutelar, sino una situación fáctica amparada por la ley. Ahora bien, no se desconoce el valor intrínseco, que desempeña la guarda de hecho, como mecanismo de protección de los menores. Así el Tribunal Constitucional ha llegado a reconocer la legitimación de los guardadores de hecho de un menor, para recurrir en amparo las decisiones de los poderes públicos que pueden ser lesivas de los derechos fundamentales del menor que tienen bajo su guarda⁵⁴.

Además, el artículo 303 CC, prevé la permanencia temporal de la guarda de hecho cuando en el caso concreto, se conciba que sea más beneficioso para el menor, que adoptar otras medidas. En ese caso, será el Juez, el que lleve las medidas de control y vigilancia, para asegurarse de que el menor sometido a guarda, recibe la efectiva asistencia moral y material, hasta el nombramiento de un tutor.

En esta misma línea se encuentra ROGEL VIDE, C., «Artículo 172 CC y Artículo 303 CC» en *Comentarios al Código Civil. T. I (Arts. 1 a 151)*, Bercovitz Rodríguez- Cano, et al. (dir.), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 861.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Secc. 1º) de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2004, 33273).

⁵² El artículo 229 CC establece que «*estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados*».

⁵³ El artículo 303 CC dice así: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerírsele para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*».

⁵⁴ STC 221/2002 de 25 noviembre (RTC 2002,221).

2.2 El papel del guardador de hecho en la protección de menores

La figura del guardador de hecho tiene un carácter neutro⁵⁵, en tanto no se determina por ser beneficioso para un menor. Aunque en la mayoría de los casos bajo esta figura haya actuaciones de plausible altruismo, como la más característica de los abuelos que cuidan de sus nietos ante la imposibilidad de los progenitores; no son pocos los supuestos, en los que bajo esta figura se ocultan supuestos de explotación, violencia o utilización de los menores para el provecho propio del guardador. Estas últimas situaciones además de causar la suspensión del guardador en sus funciones, son merecedoras de reproche desde el ámbito penal⁵⁶.

Además, la guarda de hecho puede generar problemas, en el sentido de que el guardador no tiene autoridad jurídica alguna sobre el guardado, y por tanto éste no tiene el deber de obedecerle (como sí sucede en los casos de patria potestad –art.155.1 CC- o tutela – art. 268.1 CC-), lo que puede ocasionar un obstáculo en las relaciones entre ambos y evidencia la debilidad institucional de esta situación fáctica.

El guardador tampoco puede acudir ante la autoridad judicial para recabar su auxilio, en el caso en que sea separado de su guardado. Este escenario ha dado lugar a numerosas denuncias, sobre todo cuando son los abuelos u otros familiares quienes asumen la guarda de un menor, ante los problemas de alcoholismo o drogodependencia de sus progenitores, en la mayoría de los casos. El problema se origina cuando estos progenitores quieren hacer uso de sus derechos y separan al menor de su guardador, para llevárselo consigo, puesto que los guardadores no se podrán oponer a la entrega y al derecho de los padres a estar con sus hijos, aun cuando no estuviesen conformes ni convencidos de que dicha entrega fuese beneficiosa para el menor. La única opción con la que cuentan estos guardadores, es poner la situación en conocimiento de la administración o del Ministerio Fiscal.

El carácter provisional que tiene la guarda de hecho muestra que aunque esta figura no constituye una institución propiamente tutelar, sí cumple una función protectora, como

⁵⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L., «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo...», *cit.*, pp.262 - 263.

⁵⁶ Así el artículo 173.2 del Código Penal señala que *«el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica [...] sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado...»*.

afirman la doctrina y la jurisprudencia. Así numerosas Audiencias Provinciales⁵⁷ consideran que a pesar de que con esta figura, el menor no recibe de sus padres o de un tutor formalmente investido la necesaria asistencia moral y material, no cabe darle el tratamiento de desamparo, ni por tanto constituir una tutela administrativa, sino como señala el artículo 303, la Administración podrá requerirle al guardador «*para que le informe de la persona y los bienes del menor*».

En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de marzo de 1992, que estima la necesidad de acudir a la guarda de hecho, a fin de evitar el desamparo y la evidente desprotección de dos menores, ante la situación fáctica que impide al padre hacerse cargo de ellos. Es de especial interés, que el padre de los menores considera que la elección de la tía de éstos, como guardadora de hecho, infringe su interés o libertad de elección de la persona que pueda hacerse cargo de sus hijos. El tribunal señala que en estos casos ha de respetarse el interés prioritario del menor sobre el deseo del progenitor, por tanto teniendo en cuenta las circunstancias preexistentes y que la guarda de hecho ejercitada por la tía protege de forma adecuada a sus sobrinos, se llega a la conclusión de que al menos de forma transitoria, los menores estarán amparados bajo esta figura (F.J 6º).

De cualquier manera, aunque la guarda de hecho se conciba como figura provisional, supone un desplazamiento de la tutela «*ex lege*» de la Administración y permite excluir de la situación de desamparo a los menores que aun cuando no reciban la necesaria asistencia moral y material de sus padres o tutores, sí la obtengan de un guardador de hecho. No obstante, algunas leyes autonómicas⁵⁸ consideran incluidos dentro del concepto de desamparo, aquellos casos en que no son los padres o tutores, los que prestan la necesaria asistencia a los menores.

La jurisprudencia⁵⁹ ha declarado el carácter favorable para el menor de la guarda de hecho, con base en lo dispuesto en el artículo 239 CC, en tanto que permite que la tutela de los menores desamparados no corresponda a una entidad pública como refiere el

⁵⁷Entre otras Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de junio de 2003(AC 2003,1995) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006\33273).

⁵⁸ Cfr. art 61.2 Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria (BOE núm. 19 de 22 de enero de 2011) o art 22 de la ley 33/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia (BOE núm. 131 de 2 de Junio de 1995). En estos preceptos señala que será considerado en desamparo un menor:«cuando faltan las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda».

⁵⁹ Vid. Nota 51.

artículo 172 CC, sino aquellas personas que *«por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste»*

Para finalizar con la guarda de hecho, hay que hacer referencia a la propuesta de reforma a la que se ha sometida esta figura, en concreto el Proyecto de Ley ha previsto que en el artículo 303 CC, se incluya la posibilidad de otorgar facultades tutelares a los guardadores de hecho en vía judicial, así como determinar en qué supuestos de guarda de hecho, cabe declarar la situación de desamparo, y en cuáles la privación de la patria potestad y nombramiento de tutor⁶⁰.

III. ¿ CABE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DE UN MENOR SOMETIDO A LA PROTECCIÓN DE UN GUARDADOR DE HECHO?

1. DOCTRINA DEL TS SOBRE LOS CRITERIOS PARA APRECIAR LA SITUACIÓN DE DESAMPARO, EN UN MENOR ASISTIDO POR UN GUARDADOR DE HECHO.

Una vez definidos los aspectos generales del concepto de desamparo y de la figura de la guarda de hecho, cabe preguntarse si la existencia de un guardador de hecho, que atiende de modo efectivo las necesidades de asistencia material y afectiva de un menor, sin título legal para ello, excluye la situación de desamparo, y por consiguiente la tutela administrativa.

Para abordar el estudio de la cuestión planteada, hay que traer a colación los argumentos que ha dado la jurisprudencia y la doctrina, con fundamento en la exégesis del concepto legal de desamparo del artículo 172 CC.

No obstante, el punto de partida que vamos a tomar para la exposición, es la reciente doctrina jurisprudencial que ha sentado el Tribunal Supremo, sobre los criterios para apreciar si un menor puede ser declarado en desamparo, cuando está asistido por un guardador de hecho. Esta nueva doctrina del TS, se recoge en la sentencia que vamos a analizar a continuación.

⁶⁰ Proyecto, *Loc. Cit.*

1.1 En particular, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 2014⁶¹.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se reunió en pleno, para conocer del recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de octubre de 2013⁶².

El TS dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 2014, resolviendo el caso que se planteaba, y creando jurisprudencia, de tal manera que, desde que se dicta la citada sentencia, la doctrina que se contiene ella, debe ser seguida por los tribunales inferiores.

La doctrina fijada por el tribunal determina que la protección que presta un guardador de hecho a un menor, supliendo el incumplimiento de quienes tienen atribuida la patria potestad o la tutela, «no excluye ni impone la declaración de desamparo», sino que serán las circunstancias del caso concreto, las que determinen la situación jurídica eficaz para lograr la protección del menor, ya que siempre y en todo caso se actuará en pos de su superior interés.

El objeto de dicha sentencia era determinar si, a la luz de los hechos del caso concreto, que se mencionará posteriormente, cabe declarar el desamparo de una menor, cuando un guardador de hecho le presta la necesaria asistencia. Como partes en el litigio se presentan la Consellería de Benestar Social e Traballo de la Xunta de Galicia y los progenitores de la menor.

A) Hechos acontecidos

La menor del caso, nace el 10 de Junio de 2012, en el Hospital Xeral de Vigo. Cuatro días después de su nacimiento, la trabajadora social del hospital remite un informe sobre la situación de la menor, al equipo de urgencias del servicio de menores, con el propósito de que éstos valorasen sus circunstancias socio-familiares, y solicitándoles que hiciesen especial hincapié en conocer la situación de sus progenitores.

El informe realizado por el servicio de menores, tras el seguimiento de la situación de la menor y de sus progenitores, muestra que éstos no contaban ni con las capacidades, ni con los recursos necesarios, para satisfacer las necesidades de su hija, ni tampoco para asegurar su estabilidad física o emocional(lo que reconocen todas las partes del proceso, incluso los propios progenitores). Además queda demostrada la adicción de los

⁶¹ STS de 27 de Octubre de 2014 (RJ 2014, 5183).

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 1º) de 15 de octubre de 2013 (AC 2013, 1957).

progenitores a distintas sustancias estupefacientes. En consecuencia, se declara a la menor en situación de desamparo.

Tras la declaración de desamparo de la menor, sus padres comparecen ante el servicio de protección de menores, dónde se les hace conocedores de la resolución y de que su hija se va a someter a la tutela de la entidad pública competente. Después de conocer esta situación y tras mostrar sus discrepancias, los progenitores se dirigen al hospital de Xeral, dónde permanecía su hija, para recogerla y ponerla bajo la protección de su abuelo paterno y de la esposa de éste, quienes se habían mostrado conformes desde el primer momento, a colaborar en la protección de su nieta y a hacerse cargo de la misma ante la imposibilidad de sus progenitores. Desde ese momento la menor se encuentra residiendo junto a su abuelo.

El servicio de menores entrevista al abuelo de la menor, para conocer su capacidad para el desarrollo de las funciones que le habían sido encomendadas, así como para conocer su opinión respecto a la situación que estaba afrontando. De esta entrevista surgen dos posturas enfrentadas: por un lado la del abuelo que se niega a entregar a su nieta, y por otro lado, la del servicio de menores, que exige la entrega de la niña como requisito previo para valorar la posibilidad del acogimiento familiar por parte del abuelo.

La negativa del abuelo paterno de entregar a su nieta, ante el servicio de menores, da lugar a nueva resolución de desamparo, que reproduce de forma casi idéntica la anterior (salvo, el centro dónde debía ingresar la menor). Además el Servicio de menores, denuncia la situación ante la Fiscalía, que requiere la comparecencia en sus instalaciones del abuelo, resultando infructuoso dicho requerimiento.

El abuelo que siguió haciéndose cargo de la menor, fue sometido a un seguimiento y a un examen, que dejó patente su aptitud para el cuidado de su nieta, así como que ésta tenía todas sus necesidades cubiertas tanto en el plano material como en el afectivo, tal y como se comprobó a través de documentación aportada, pruebas testificales e informe solicitado por el Ministerio Fiscal a un equipo psicosocial. Todas estas pruebas, fueron presentadas en el acto de juicio, junto con la conformidad del abuelo de seguir haciéndose cargo de la menor, durante el tiempo necesario hasta que los progenitores estuviesen en las condiciones necesarias para asumir el cuidado de su hija.

Después de conocer todos los hechos, el Juzgado de Primera Instancia nº5 de Pontevedra, dictó sentencia con fecha de 22 de abril de 2012, en la que se declaró a la

menor en situación de desamparo, bajo el argumento de que, aunque consideraban que la citada menor no estaba realmente desamparada, ya que recibía los cuidados precisos, éstos no eran prestados por quiénes la ley determina que tienen la obligación de hacerlo: los padres.

Frente a esta sentencia, los progenitores interponen recurso de apelación. La sala de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que a pasa a conocer del caso, falla estimando el recurso y revocando la declaración de desamparo de la menor, que desde ese mismo momento queda sometida a la guarda de hecho de sus abuelos⁶³. Esta Sentencia contiene el voto particular de uno de los magistrados, que discrepa de la solución alcanzada en la resolución, por los motivos que posteriormente se formularan.

La resolución de la AP de Pontevedra, es recurrida en casación por la Consellería de Traballo e Benestar Social de la Xunta de Galicia, con el objetivo de que la Sala del TS fijase doctrina con el siguiente tenor: « un menor cuyos progenitores han incumplido, sus deberes, está en situación de desamparo, aun cuando un guardador de hecho, atienda sus necesidades». La parte recurrente justifica el interés casacional, en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AP, en relación a si un menor sometido a guarda de hecho, puede ser declarado en desamparo. Con base en estas consideraciones, el TS procede a valorar el supuesto planteado.

B) Problemática del caso

La cuestión clave en este litigio, mencionada a lo largo de toda esta exposición, «no puede resolverse legalmente acudiendo al CC, o a la LOPJM»⁶⁴. Para abordar el conflicto, el Tribunal Supremo, entiende que es preciso conocer la definición del concepto de desamparo, los elementos que lo caracterizan, así como realizar un análisis de la figura de la guarda de hecho.

La definición legal de desamparo, ha dado lugar a dos tesis contrapuestas, tal y como señala el TS⁶⁵: la tesis objetiva, parte de la situación de hecho, que es la falta de asistencia moral y material del menor, y razona que en base a ella, si el menor recibe asistencia de alguna parte, no se considerará en desamparo. La tesis subjetiva considera que si el menor no recibe la asistencia necesaria, por quién está legalmente obligado a

⁶³ El fallo de la SAP de Pontevedra establece que : «...revocamos la declaración de desamparo de la menor [...]que quedará sometida a la guarda de hecho de sus abuelos paternos...».

⁶⁴ STS de 27 de Octubre de 2014 (F.J 6º).

⁶⁵ *Id.* (F.J 7º). La distinción entre situación objetiva y situación subjetiva, también ha sido recogida por autores como FÁBREGA RUÍZ.C., «Desamparo de menores y guarda de hecho...»,*cit.*, p.1540.

ello (patria potestad o tutela), se considerará en desamparo, aún cuando esta asistencia se la preste un guardador de hecho.

Las aparentes lagunas legales, en torno al concepto de desamparo, han dado lugar a una jurisprudencia inspirada en el principio del superior interés del menor. El TS vincula este principio con la figura de la guarda de hecho, y recurre para argumentar su posición, a la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado. Éste instrumento concreta el interés del menor en la necesidad de que sean atendidos siempre que fuese posible por personas idóneas, respetando su derecho a la estabilidad familiar. Del mismo modo, considera que se tiene que preservar el vínculo afectivo que se hubiese generado entre el guardador y el menor, siempre y cuando se respeten las exigencias legalmente establecidas para la idoneidad de los guardadores, para así evitar que se consoliden vínculos fraudulentos con los menores (explotación, mendicidad, etc.). Asimismo, los procedimientos en los que se tomen medidas que afecten directa o indirectamente a un menor, requieren de una serie de garantías procesales, y de una evaluación de las posibles repercusiones que tendrán dichas medidas.

Descendiendo a la situación fáctica presente en el caso, surge el interrogante de si se produce un incumplimiento, por parte de las personas legalmente obligadas a ello, aunque el menor reciba la necesaria asistencia por un guardador de hecho. El tribunal razona ante la petición de la parte recurrente, que no puede establecer «una doctrina tan cerrada y contundente», que fije que un menor cuyos progenitores han incumplido sus deberes, está en desamparo, aun cuando sea atendido por un guardador de hecho. Si actuase, como pretende la parte recurrente, no se tendrían en cuenta las singularidades del caso concreto.

El TS establece que en caso de que entre en juego, un concepto tan casuístico como el desamparo, habrán de ponderarse las particularidades de cada caso. De ahí se deduce, que cuando un menor esté asistido por un guardador de hecho, se tendrá que realizar un análisis objetivo de la situación, con el fin de fijar la intervención más adecuada de la Administración, que dicho sea, será distinta en cada procedimiento.

Como corolario, el TS fija doctrina, en los términos expresados anteriormente. Esta «nueva» doctrina no aporta nada nuevo a la resolución del problema planteado, ya que el TS ha recurrido a una fórmula muy amplia, por la que serán las circunstancias singulares de cada caso, las que determinen cuál será la solución adoptada por cada uno de los tribunales.

C) Fallo del Tribunal Supremo.

Atendiendo a los hechos concretos, el TS considera como datos relevantes para la resolución del caso; que los progenitores de la menor no cuentan con la capacidad y las condiciones necesarias para su cuidado, pero que a pesar de ello, la citada menor tiene sus necesidades cubiertas tanto en el plano afectivo como en el material, gracias a los cuidados que le presta su abuelo paterno y la esposa de éste.

Con base en estos hechos, y en las circunstancias singulares del caso, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Consellería de Benestar Social e Traballo de la Xunta de Galicia, en tanto que la sentencia que la SAP de Pontevedra, había revocado la declaración de desamparo de la menor. La solución del TS, al caso concreto, es más bien favorable a la idea de que si un menor tiene las necesidades cubiertas en el plano moral o material, no hay desamparo.

D) Una cuestión específica: El voto particular del Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

En el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 260 LOPJ, el magistrado de la AP de Pontevedra, Pérez Benítez, J.J, formula voto particular, al disentir del contenido argumentado en la sentencia de dicho tribunal. En el caso concreto considera que, aunque todo apunta a que la menor está debidamente atendida por sus abuelos, que ejercen la guarda de hecho, comparte el criterio del Juez de instancia, al apreciar que se debe evitar consagrar una situación de hecho que es generada voluntariamente por los progenitores de la menor, que en ese momento concreto no cuentan con las aptitudes necesarias para el cuidado de su hija.

Bajo su punto de vista, aceptar el hecho de que la menor esté al cuidado de sus abuelos, configuraría una situación de riesgo para ella, al ser «esencialmente reversible a la voluntad de los progenitores». Por ello concluye que, dados los hechos concretos que presenta el caso, la mejor solución para dar estabilidad a la situación de la menor, es la configuración de una situación de acogimiento. Por dichos motivos, razona que la sentencia de instancia debería verse confirmada, ya que la situación coyuntural de la menor, no impedía que se declarase la situación de desamparo, por la imposibilidad o incapacidad de sus padres, de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad. Asimismo establece, que con esta sentencia, la AP se aparta de la naturaleza de la guarda de hecho, ya que la dota de un carácter de permanencia, contraria a su finalidad.

2. DIVERGENCIAS CON LA NUEVA DOCTRINA FIJADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

La jurisprudencia y la doctrina que han analizado las relaciones entre tutela administrativa y guarda de hecho, han defendido de forma «unánime»⁶⁶, al decir de Álvarez de Toledo, que la existencia de un guardador de hecho, que presta la necesaria asistencia a un menor, excluye la situación de desamparo, y por consiguiente la tutela por parte de la entidad pública competente.

2.1 La posición de los tribunales.

La jurisprudencia se ha ocupado de las relaciones entre guarda de hecho y desamparo. A través del análisis de algunas de sus resoluciones, podremos conocer, cuál es la postura de los tribunales, cuando tienen que abordar este tema.

El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de enero de 2002, revoca la declaración de desamparo de una menor, procedente de un núcleo familiar desestructurado y conflictivo, y sometida a la guarda de hecho de sus abuelos paternos. El informe de la pediatra, muestra que la niña presentaba el aspecto de estar bien cuidada y de tener un desarrollo conforme a su edad. También se demuestra, que los cuidados prestados por los abuelos eran los adecuados. Por ello, el tribunal falla revocando la resolución por la que se declara a la menor en desamparo. No obstante, impone la intervención de los servicios sociales, con el fin de que preste a la familia, toda la ayuda necesaria, con el objetivo de garantizar los derechos que asisten a la menor.

En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 septiembre de 2003⁶⁷, al resolver un supuesto similar. La AP examina si un menor sometido a la guarda de hecho de sus tíos, se encontraba o no en situación de desamparo. Atendiendo al informe remitido por el Equipo Psicosocial, se constata que el menor no está privado de la necesaria asistencia moral y material, como consecuencia del cumplimiento de los deberes de protección por parte de sus tíos. En dicho informe se dice también, que el menor ofrece una imagen positiva, y evidencia que está en un entorno donde es atendido y querido, ya que en ningún momento se aprecia

⁶⁶ La unanimidad de la jurisprudencia ha sido recogida por varias sentencias, entre las que se puede destacar, la SAP de Cádiz de 22 de diciembre de 2004, así como por la doctrina. Cfr. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «Tutela administrativa y guarda de hecho...», *cit.*, p. 260.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 10ª) de 9 de septiembre de 2003 (JUR 2003, 242569).

discriminación alguna entre el menor, y su prima. Por ello, el tribunal considera que aunque la situación de guarda de hecho, no es idónea con carácter definitivo para dar protección al menor, no puede señalarse que haya sido desamparado.

Las resoluciones anteriores ejemplifican de forma similar que un menor no podrá ser declarado en desamparo, si recibe la necesaria asistencia moral y material, aun cuando se la preste un guardador de hecho. Esta concepción, se refleja de forma clara y precisa en la siguiente sentencia.

La AP de Cádiz en Sentencia de 22 de diciembre de 2004⁶⁸, se pregunta si un menor que recibe la correcta asistencia material y moral de un guardador de hecho, puede ser declarado en desamparo una vez transcurrido más de un año, desde que se constituyó la guarda. El caso que se presenta ante el tribunal, es el de un menor de origen subsahariano declarado en desamparo, cuando sus padres, que han entrado ilegalmente en el país, lo entregan a un matrimonio español, a fin de que éstos le presten los cuidados y la asistencia necesaria.

En el presente caso, el menor desde los tres meses de vida, ha residido con el matrimonio español, que de forma altruista y totalmente desinteresada, le han prestado las atenciones y la asistencia necesaria para que se desarrolle adecuadamente. El afecto que proporciona el matrimonio al menor, genera en éste, un sentimiento de apego muy fuerte hacia sus guardadores legales.

A fin de resolver este caso, el tribunal se fundamenta en las siguientes razones: en primer lugar la guarda de hecho, está reconocida como una figura dotada de un estatuto legal y jurídico mínimo y provisional, por lo que debe ser respetada durante el tiempo en el que se mantenga. En segundo lugar, el desamparo se concreta por la producción de un resultado determinado, que es la privación de asistencia moral o material a un menor. Ahora bien, la guarda de hecho no evidencia que el menor esté en situación de desprotección, ni la provisionalidad de esta figura es motivo para que se califique la situación del menor sometido a la misma, como de desamparo.

Lo más importante que destaca el tribunal, es que, aunque el menor no reciba de sus padres o de un tutor, la necesaria asistencia moral y material, no es obligada la calificación de la situación como de desamparo, ya que el Código Civil no impone la

⁶⁸Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Secc. 1º) de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273)

constitución de tutela administrativa, sino una vigilancia del juez sobre el guardador de hecho, conforme al artículo 203 CC.

Por consiguiente, la AP de Cádiz estima que un menor no se encuentra en desamparo, si recibe la asistencia material y moral necesaria de personas distintas de sus padres o del tutor, sino de un mero guardador de hecho. El desamparo sólo será calificado como tal, cuando se produzca un abandono, una falta o imposibilidad del ejercicio de las funciones de guarda, que produzca un resultado concreto de desprotección del menor.

Con base en estos argumentos, y a la vista de los informes realizados sobre la situación del menor, que muestra su pleno desarrollo físico y psíquico, la Audiencia falla revocando la declaración de desamparo.

A través de la sentencia precedente, la AP de Cádiz ilustra perfectamente la concepción de que la asistencia que presta un guardador de hecho a un menor, impide que de hecho, se produzca la situación de desamparo. Sin embargo, los argumentos que utilizan los tribunales no son siempre tan precisos, como los expuestos en el caso anterior.

Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de enero de 2006⁶⁹ revisa la declaración de desamparo de una menor y la correspondiente asunción de la tutela por la administración pública. El caso que resuelve el tribunal, se encuentra en la misma línea que el anterior, ya que se trata de una menor de origen marroquí, que llega a España con su madre de forma ilegal. Tras estar acogidas en un centro de Algeciras, y con la mediación de un voluntario, la progenitora entrega a su hija a una señora de la zona, quién desde ese momento se encarga de forma altruista de procurar su bienestar y de costear sus necesidades, mostrando además su deseo de que la niña se quede con ella, por el vínculo tan fuerte que se genera entre ambas. La madre biológica, se interesa por su hija en todo momento y contacta con ella a través de vía telefónica.

En esta descripción de los hechos, se fundamenta la progenitora, para indicar que su hija no se encuentra en situación desamparo, al no concurrir los requisitos legales establecidos en el artículo 172.1 CC.

El tribunal considera que en este caso, resulta indudable, que la madre biológica no cumple con respecto a su hija, los deberes que le impone la ley de acuerdo al artículo 154.1º CC, ya que estos deberes son de carácter personalísimo y no se pueden delegar en terceras personas.

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Secc. 2º) de 20 de enero de 2006 (JUR 2006, 129140)

Con base en estos hechos, el tribunal juzga que no procede la declaración de desamparo de la menor, ya que tiene cubiertas todas sus necesidades, aun cuando la situación que dio lugar a la guarda de hecho, no se había producido a través del cauce legal correspondiente. De acuerdo al interés de la menor, la continuación de la guarda de hecho, contribuiría a que la niña no perdiera el contacto con su madre, a través del oportuno régimen de visitas.

Esta sentencia contiene el voto particular del Magistrado Rodríguez Rosales P.M, que manifiesta su postura contraria, al contenido de la sentencia mencionada. Este Magistrado considera que la AP de Cádiz, ha tenido que afrontar por su ubicación geográfica, numerosas situaciones como las que se presentan en el caso, es decir, familias que se han hecho cargo, sin título jurídico alguno, de menores inmigrantes que han llegado al país de forma irregular. A la hora de valorar si estas situaciones pueden dar lugar a la declaración de desamparo, distingue dos supuestos:

Cuando los progenitores no pueden hacerse cargo de sus hijos de forma transitoria, por sufrir una enfermedad o por problemas económicos, y les encomiendan el cuidado a otras personas, que en la mayoría de los casos se encuentra dentro del núcleo familiar, no se produce el desamparo. Entiende que en estos casos es el progenitor quién se ocupa de los hijos, a través de una persona interpuesta.

La situación es diferente si los progenitores renuncian a cumplir sus obligaciones con respecto a sus hijos. El Magistrado considera, que el caso que resuelve la sentencia, se puede subsumir dentro de este supuesto, ya que la madre acaba de entrar en España de forma clandestina, y tiene que buscar a una familia para que se haga cargo de su hija, mientras ella consigue salir adelante. Estos hechos darían lugar a la declaración de desamparo en el sentido del artículo 172 CC, según razona el Magistrado, en virtud de que el menor no recibe la asistencia precisa, por quién por ley tiene obligación de hacerlo.

El Magistrado sigue un criterio distinto al de la mayoría de la jurisprudencia, al razonar que «la configuración jurídica de la guarda de hecho en el artículo 303 del CC presupone el desamparo». Su argumentación continúa, indicando que la figura de la guarda de hecho no debe concebirse como una medida de protección secundaria, sino como una situación que se controla a través de una escasa normativa. Con base en ello, concluye que la guarda de hecho no es una institución de protección de menores, por lo que no se deber imponer sobre las medidas que previene el artículo 172 CC.

El breve análisis jurisprudencial finaliza con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007⁷⁰, que resuelve el caso de un menor, que se encuentra totalmente desatendido por parte de su madre, mientras que no consta filiación alguna respecto del padre. Sin embargo el citado menor, tiene cubiertas todas sus necesidades gracias a las atenciones que recibe de la pareja de su madre, a quién el niño considera su verdadero padre, dado que mantienen una relación afectiva muy estrecha. A la vista de los hechos expuestos, la AP considera que la protección de menores y el respeto de sus derechos, se puede llevar a cabo a través de una variedad de medidas dirigidas a evitar que se produzcan las situaciones de riesgo o de desamparo, entre las cuales se encuentra la guarda de hecho, prevista en el art. 303 CC. Esta figura es definida por dicho tribunal como «especial, distinta, e independiente de otras instituciones de protección de menores, con un contenido propio y autónomo». La situación de guarda de hecho ejercitada por la pareja de la progenitora del menor, se adoptó por el Juzgado de Instancia y se mantiene por la AP, atendiendo al interés superior de dicho de menor, y amén de que establecer la situación de desamparo, no sería beneficioso para el niño, ya que se vería abocado a sufrir una intervención de la administración innecesaria, ya que el citado menor tenía, en ese momento, todas las necesidades existenciales y afectivas cubiertas.

Al margen del voto particular mencionado, a la vista de la jurisprudencia analizada y atendiendo también a las resoluciones a las que remite para apoyar sus argumentos, se puede observar algo que ya se ha apuntado desde el principio de este epígrafe, y es que la práctica reiterada de la jurisprudencia ha dado lugar a una «rara unanimidad»⁷¹, que es favorable a admitir que la existencia de un guardador de hecho, que atiende de forma efectiva las necesidades de un menor, excluye la declaración de desamparo.

La doctrina fijada por la STS de 27 de Octubre de 2014, que aparentemente quería resolver la cuestión, no aporta ninguna solución para resolver supuestos, como los que se han ido exponiendo con anterioridad. El tribunal utiliza una fórmula muy amplia al señalar que, la protección que presta un guardador a un menor, «no excluye ni impone la declaración de desamparo». Por ello, la posición que mantengan los tribunales, ante cada caso que se les plantee, dependerá de las circunstancias singulares que aprecien en cada supuesto concreto.

⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Secc. 2º) de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007, 138788).

⁷¹ *Vid.* Nota 66.

2.2 Postura de la doctrina científica sobre la concurrencia de la figura de la guarda de hecho y la declaración de desamparo.

La figura de la guarda de hecho, genera dos problemas si se atiende a su relación con el concepto de desamparo: por un lado si se produce la situación de desamparo cuando el menor está asistido por un guardador de hecho, y por otro lado, si un menor puede ser desamparado por un guardador de hecho.

En este trabajo sólo nos planteamos el primer supuesto, es decir, si cabe la declaración de desamparo de un menor que tiene sus necesidades cubiertas, como consecuencia de la protección que le presta un guardador de hecho; la Fiscalía General del Estado en la Circular 8/11, establece que a efectos de aclarar la situación que da lugar a la declaración de desamparo, hay que distinguir si la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al núcleo familiar del menor, o por familiares del menor.

Sin perjuicio de las singularidades que pueda presentar cada caso, y en atención a lo dispuesto en la Circular, citada con anterioridad, el Ministerio Fiscal apoya la opción de declarar en desamparo a aquél menor entregado de forma permanente a personas ajenas al núcleo familiar. En este caso, la situación de desamparo no derivaría de que el menor no reciba la atención precisa, sino de la situación subjetiva, lo que significa, que quién le presta esa asistencia, no tiene por ley la obligación de hacerlo.

Con base en esta concepción, el Fiscal, de acuerdo a lo establecido en la Circular 8/11, «debe promover la declaración de desamparo del menor, y la asunción de la tutela automática por parte de la entidad competente», para asegurarse de que la protección del menor será proporcionada por quién tiene atribuida esa función. Ahora bien, las personas que hayan estado en el ejercicio de la guarda de hecho, pueden ser evaluadas, con la finalidad de comprobar sus aptitudes para ser designadas acogedoras del menor, si así lo exige el interés de éste.

El Ministerio Fiscal entiende que un supuesto diferente al anterior, se produce en los casos en que los progenitores no pueden cuidar a sus hijos de forma transitoria y se los encomiendan a una persona de su confianza. Esta situación no es concebida como desamparo, al entender que, el progenitor es quién se está ocupando del menor, de forma indirecta, a través de una persona interpuesta por él. La Fiscalía General del Estado incluso llega a entender que este tipo de situaciones no genera propiamente una guarda de hecho, sino que se subsume en el tipo de la delegación paterna de la patria

potestad. La doctrina no se muestra de acuerdo con la asimilación de estas figuras: así Ruíz Rico considera que la diferencia esencial entre ambas figuras es que la guarda de hecho surge de forma espontánea, y el guardador no tiene título constitutivo alguno⁷².

La doctrina, en cambio, ha asumido que la declaración de desamparo no atiende al dato de quién procura al menor la necesaria asistencia, sino en si esta asistencia es prestada o no de forma efectiva, tanto en el ámbito material como en el afectivo. Por ello, la existencia de una persona (abuelo, amigo, etc.), que proporcione al menor, el mínimo de atención exigido por la conciencia social más común⁷³, excluirá la situación de desamparo. Martínez de Aguirre resume tal pensamiento, en la siguiente afirmación: «La guarda de hecho, excluye que “de hecho” se produzca el desamparo del menor»⁷⁴. En la misma línea se encuentran Pérez Martín, al considerar que es indiferente si la asistencia la presta un progenitor u otras personas, ya que el desamparo se decreta en la atención objetiva del menor⁷⁵ y Álvarez de Toledo «no se encuentra en situación de desamparo el menor que recibe la asistencia material y moral necesaria de personas distintas a sus padres o del tutor, sino de un guardador de hecho»⁷⁶.

De Pablo Contreras⁷⁷ considera ineludible para declarar una situación de desamparo, que la situación se produzca de hecho, y que los menores queden privados de la necesaria asistencia, así pues el requisito causal y el de resultado se presentan como acumulativos, lo que significa que tienen que concurrir ambos para que tenga lugar el hecho que da lugar al desamparo. Por ello, no cabrá la declaración de la situación de desamparo de un menor, cuando esté asistido por personas distintas a quiénes ostenten la patria potestad o la tutela.

A la vista de los anteriores argumentos, cabe concluir que la existencia de un guardador de hecho, que atiende de forma efectiva las necesidades de un menor, excluye la declaración de desamparo.

⁷² *Apud.* MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «El desamparo de menores...», *cit.*, p. 89.

⁷³ *Vid.* Nota 21.

⁷⁴ *Vid.* Nota 23.

⁷⁵ *Apud.* FÁBREGA RUIZ, C., «Desamparo de menores y guarda de hecho...», *cit.*, p. 1541.

⁷⁶ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «Tutela administrativa y guarda de hecho...» *cit.* p. 286.

⁷⁷ Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P.V., «Comentario al artículo 172 CC...», *cit.*, p. 44. El autor señala que el requisito causal se integra de forma esencial en la definición de desamparo, ya que hay incumplimiento o ejercicio inadecuado o imposible de los derechos de protección, si siendo posible su cumplimiento, hay incumplimiento. Así pues, el requisito causal sirve para impedir que se declare la situación de desamparo, de acuerdo al sentido común, en ciertos casos extremos, que ejemplifica el autor: un niño perdido, fuera del alcance de sus progenitores, etc.

IV. CONCLUSIONES

La protección de menores en España ha sufrido una «administrativización» a raíz de la ley 21/ 1987 de 11 de noviembre de modificación del Código Civil en materia de adopción y posteriormente con la LOPJM. Corresponde a la Administración pública la competencia para apreciar y declarar la situación de desamparo de un menor, mientras que los tribunales actúan con fines de control de las decisiones que son tomadas por dicha Administración.

El desamparo, es la situación de desprotección más grave que puede afectar a un menor, ya que conlleva la suspensión de la patria potestad de los progenitores, la extracción del menor del núcleo familiar, y la asunción de la tutela «*ex lege*», por la Administración competente.

El desamparo se produce a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de menores, siempre que den lugar a un resultado concreto: la falta de la necesaria asistencia moral y material de un menor. Con base en ello, se puede deducir, que la situación de desamparo, es una «situación de hecho», y tiene un carácter objetivo. Bajo este planteamiento, un menor no podrá ser declarado en desamparo, si está debidamente atendido, aun cuando la asistencia provenga de personas que no tienen por ley la obligación de hacerlo.

Tras la declaración de desamparo, la Administración tiene que tomar las medidas adecuadas en orden al superior interés del menor; principio que se debe seguir de forma preponderante en todos los procesos en los que se ven afectados los derechos de los menores, y en su caso, y siempre que no hubiese contracción con este principio, se buscará la reintegración del menor en su núcleo familiar.

Las situaciones de desamparo deben ser diferenciadas de las situaciones de riesgo y de las situaciones de los menores en dificultad social. En las situaciones de riesgo, se produce un menoscabo en el desarrollo del menor, pero no con la entidad suficiente para que se justifique su separación del núcleo familiar, sino que la Administración, sin asumir la tutela del menor, tendrá que tomar las medidas necesarias para que su situación cambie. Mientras que los menores en dificultad social, son aquellos que presentan un comportamiento susceptible de causar daños a ellos mismos o a terceros, pero sin llegar a desarrollar una conducta que pueda tipificarse como un ilícito penal.

Las características concretas que presente cada caso, determinarán la posición que tomarán los tribunales frente a las distintas formas de desprotección.

En relación a la guarda de hecho, hay que señalar que el CC no contiene una definición de dicha figura, aunque con carácter general se determina cómo: una situación fáctica en la que una persona sin potestad o autoridad jurídica asume un deber de protección frente a un menor o incapaz.

La guarda de hecho es una situación provisional y transitoria. El guardador no tiene autoridad jurídica alguna sobre el guardado, lo que evidencia la debilidad institucional de esta situación fáctica, y tampoco puede acudir ante la autoridad judicial para recabar su auxilio, en el caso de que sea separado de su guardado.

Por ello, se determina que la guarda de hecho, no es propiamente una institución tutelar, sino una situación fáctica amparada por la ley. Ahora bien, tanto la jurisprudencia como la doctrina respaldan el valor intrínseco que desempeña la guarda de hecho, como mecanismo de protección de los menores.

A la vista de lo expuesto con anterioridad, y tras el análisis jurisprudencial y doctrinal de las relaciones entre guarda de hecho y desamparo, cabe concluir que si un menor está atendido de forma efectiva por un guardador de hecho, se excluye la declaración del menor en desamparo.

La doctrina jurisprudencial que ha fijado el TS, en una reciente sentencia, pretendía dar solución a todas las situaciones, en las que personas sin título jurídico alguno prestan asistencia a un menor. Sin embargo, la fórmula tan amplia que adopta el TS para fijar doctrina, no aporta nada nuevo para la resolución de estas situaciones, lo que significa, que tal y como se venía haciendo hasta ese momento, se deja en manos de cada tribunal, el examen de las circunstancias concretas que presente cada caso.

Con base en los parámetros interpretativos que use cada tribunal, la solución adoptada a cada supuesto será una u otra. Sin embargo, la práctica reiterada de la jurisprudencia ha demostrado, que la posición de los tribunales es favorable a admitir, que la existencia de un guardador de hecho que atiende de modo efectivo a un menor, impide que se declare a éste en desamparo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *Revista del Poder Judicial*, nº.60,2000, pp. 257-290.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 15-44.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo o y acogimiento de menores. Actuación de la administración e intereses en juego» *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, pp. 1-48(URL:<http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/Pilar%20Benavente.pdf>).
- FÁBREGA RUIZ, C., «Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de concurrencia de ambas» en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras, et al. (coord.), Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, Murcia, 2004, pp. 1539-1548.
- DE PABLO CONTRERAS, P.V., «Instituciones de guarda y protección de menores (guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», en *Tratado de derecho de la familia: Las relaciones paterno- filiales(II). La protección penal de la familia*, Yzquierdo Tolsada, et al. (dir.), vol.6, 2011, pp. 410-501.
- DE PABLO CONTRERAS, P.V., «Comentario al artículo 172 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.)Tecnos, Madrid 1993, pp. 35-45.
- «Informes, estudios y documentos. Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social», *Defensor del Pueblo*, p.58-70 (URL: https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/centros_menores_problemas_conducta.pdf)
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ. J., « El desamparo de menores», *Thomson Aranzadi*, Aranzadi S.A, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 85- 119.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, 45 (4), 1992, pp. 1391-1498.

- MAYOR DEL HOYO, M^a.V, «Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y *de lege ferenda*», pp. 1-15(URL:<http://www.dialnet.es>)
- PÉREZ ÁLVAREZ M.A,« Artículo 172 Código Civil», *Código Civil Comentado. Volumen I, Título preliminar, De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia ; Libro I, De las personas*, en Cañizares Laso, *et al.* (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 851-867.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., «Derecho de familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Barcelona» *Lex Nova*, Valladolid. España, 2009, pp. 1225-1227.
- ROGEL VIDE, C., «Artículo 172 CC y Artículo 303 CC» en *Comentarios al Código Civil. T. I (Arts. 1 a 151)*, Bercovitz Rodríguez- Cano, *et al.* (dir.), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 577-581 y 860-865.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B, «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el anteproyecto de ley de protección de la infancia», *Revista de Derecho Civil*, vol. I (4), octubre-diciembre 2014, pp. 107-153(URL: <https://www.google.es/search?hl=es&tbo=p&tbm=bks&q=isbn:8484062511>)

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA:

- Sentencia TEDH de 17 de diciembre de 2002.
- STC 221/2002 de 25 noviembre (RTC 2002,221).
- STS de 27 de Octubre de 2014 (RJ 2014, 5183).
- STS de 31 de Julio de 2009 (RJ 2009,4581).
- STS de 23 de Mayo de 2005 (RJ 3272, 2005).
- SAP de Alicante (Secc. 6º) de 21 de abril de 2009 (JUR 2009, 304441).
- SAP de Asturias (Secc. 1º) de 6 de mayo de 2008 (AC 2008, 1117).
- SAP de Barcelona (Secc. 18º) de 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 5332).
- SAP de Barcelona(Secc. 18ª) de 20 de julio de 2000 (AC 2000,1727).
- SAP de Burgos (Secc. 3ª) de 22 de julio de 2002 (JUR 2002,233517).
- SAP de Cádiz (Secc. 2º) de 20 de enero de 2006 (JUR 2006, 129140).

- SAP de Cádiz (Secc. 1º) de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273).
- SAP de Guipúzcoa (Secc. 2º) de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007, 138788).
- SAP de Granada (Secc. 3º) de 28 de enero de 2003 (JUR2003,109786).
- SAP de Pontevedra (Secc. 1º) de 15 de octubre de 2013 (AC 2013, 1957).
- SAP de Soria (Secc. Única) de 21 de Marzo de 2003(JUR 2003,123823).
- SAP de Toledo (Secc. 1ª) de 25 de abril de 2002 (JUR 2002, 156457).
- SAP de Valencia (Secc. 10ª) de 9 de septiembre de 2003 (JUR 2003, 242569).
- SAP de Vizcaya (Secc.4º) de 22 de diciembre 2009 (JUR 2010, 137924).
- SAP de Vizcaya (Secc.4º) de 19 de Octubre de 2004 (JUR 2005, 17763).
- Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de junio de 2003(AC 2003,1995).
- Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 11 de Septiembre de 2000(AC 2000,1535).
- Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 enero de 2002 (AC 2002, 183).

NORMATIVA CONSULTADA

- Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Circular 8 /2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.
- Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

- Ley de la Junta de Andalucía 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor.
- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.
- Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 1/1997, 7 de febrero, de Atención Integral a los menores.
- Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria.
- Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León.
- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en Cataluña.
- Ley 3/1997, de 9 de junio, de Protección Jurídica, Económica y Social de la Familia de Galicia.
- Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia en Galicia.
- Ley 33/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia.
- Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.